

Tilburg University

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders?

Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2003

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (2003). Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders? *Nederlands Juristenblad*, 957.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders?

Accountants weten niet waar ze moeten schuilen. De commissarissen van Ahold zitten ongetwijfeld regelmatig bij hun advocaat. Financiële toezichthouders bevinden zich ook in de vuurlinie. Op beurzen en in venture-capital kringen zijn honderden miljarden verloren, waarvan het de moeite waard is om te kijken of er iets valt terug te halen. Ook bij een kans van 1 op 100 is 30% van een paar miljard voor een Amerikaanse advocaat nog een prikkel genoeg om alle stukken eens door te pluizen op zoek naar die ene achteraf gezien ongelukkige reactie op dat signaal dat met de kennis van nu zo duidelijk leek. En in Nederland mogen advocaten binnenkort ook dit soort sommetjes gaan maken, al zal er eerst heel voorzichtig worden geëxperimenteerd met 'no cure no pay' in zaken waarin er een reëel probleem is met toegang tot het recht.

De accountants probeerden bij de EU iets aan hun onbegrensde aansprakelijkheid te doen. Maar Euro-commissaris Bolkestein voelt volgens Het Financieele Dagblad weinig voor beperking: aansprakelijkheid houdt ze scherp, voorkomt dat de jaarrekening vooral een plaatje geeft dat optimaal is voor de zittende leiding van het bedrijf, en beperking betekent dat slachtoffers hun geld niet krijgen.

Ach accountants; laten ze elkaar in de wereld van het geld maar flink bestoken met claims. Wordt het anders als we over andere 'toezichthouders' gaan nadenken? De gemeente die architecten en bouwers van balkons in de gaten houdt? De deken van de plaatselijke orde van advocaten? De Nederlandse Staat die de mannen van Srebrenica had moeten beschermen? De Nederlandse Bank en de AFM die miljarden-belangen waarborgen en dus ook kunnen 'beschadigen'?

Toezicht is nodig. Waar markten falen, en waar is dat niet, is toezicht vaak de enige reële optie, want als de overheid de taak krijgt, blijven de mensen die het gaan doen dezelfde. Zij blijven eigen belangen hebben die zij ook gaan nastreven, waarvoor gecorrigeerd moet worden. Toezicht is ook kostbaar, en het is niet iets waar mensen zo maar voor gaan betalen. Of de financiële wereld de AFM moet financieren is voorwerp van discussie. De Reclamecodecommissie, die voor een schamele 900 000 Euro per jaar tenminste nog enig toezicht houdt op de wijze waarop het bedrijfsleven diensten aanprijst (hadden ze die Legiolease advertenties maar afgeschoten), kwam laatst in problemen omdat het bedrijfsleven er geen geld meer voor over had. Potentiële aansprakelijkheid is voor toezichthouders een kostenfactor van belang.

Aan de andere kant is aansprakelijkheid een zinvolle prikkel om het werk als toezichthouder goed te doen (zie De Mot, NJB 2001, p. 1670-1674). Verder loopt het misschien wel los met die aansprakelijkheid. Want er zal waarschijnlijk wel een concrete aanleiding voor ingrijpen geweest moeten zijn om van toezichtsfalen te kunnen spreken (zie Van Boom en Giesen, NJB 2001, p. 1675-1685).

De andere doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht, compensatie, wordt misschien wel met een stevige toezichtsaansprakelijkheid gediend. Maar daarbij rijzen altijd weer de echt moeilijke vragen. Is het zinvol om de aandeelhouders compensatie te bieden (in Nederland zijn dat niet altijd de mensen die het meeste hulp nodig hebben; zo'n 10%

banken, 40% buitenlanders, 30% pensioenfondsen, 10% ex-bestuurders die hun gouden handdruk beleggen en dan nog 10% individuele beleggers)? Waarom degenen ten aanzien van wie toezicht concreet gefaald heeft wel compensatie geven, en degenen aan wiens belangen het toezicht helemaal niet toe kwam (abstract toezichtsfalen, zie Van Boom en Giesen, t.a.p.) niet? Nabestaanden uit Srebrenica verdienen ons medeleven, natuurlijk, maar bewoners wier balkon naar beneden stort niet? En waar komt dat geld vandaan? De afweging is moeilijk, maar zij komt op ons af, want al deze toezichtclaims liggen er, of komen er binnenkort aan. Om af te wachten wat de Hoge Raad van geval tot geval doet, is onverstandig.

Waar vooral naar zou kunnen worden gekeken, is de mogelijkheid van tussenoplossingen, waarbij de aansprakelijkheid een gedeeltelijke wordt, en dus als prikkel behouden blijft, zonder dat grote hoeveelheden geld gaan stromen van plaatsen waar het geld misschien wel meer nodig is dan op de plaatsen waar het via aansprakelijkheid naar toe vloeit. Veel zal daarbij afhangen van de manier waarop de regels over hoofdelijkheid worden geïnterpreteerd in toezichtgevallen. Artikel 6:102 lid 1 BW kan zo worden gelezen dat de toezichthouder voor het geheel aansprakelijk is, terwijl de causale afweging lijkt mee te brengen dat de (vaak insolvabele) primaire dader veruit de grootste bijdrage aan het ontstaan van de schade heeft geleverd. Dat is wel een heel vergaande bescherming van het slachtoffer ten koste van de toezichthouder, die misschien maar voor 3 of 5% draagplichtig is ten opzichte van de hoofddader, maar wel 100% moet vergoeden. Spier laat zien dat dit in andere landen niet zonder meer geldt, en waarschuwt voor de vergaande gevolgen van een dergelijke interpretatie van artikel 6:102 (Proportionele aansprakelijkheid, Red. Akkermans c.s., p. 155-159).

In de Verenigde Staten is het heel gebruikelijk om iets aan dit probleem te doen. De Restatement 3d of Torts: Apportionment of Liability, § 17 geeft een keuzemenu van maar liefst vijf mogelijke systemen. Stel een insolvabele fraudeur is voor 70% aansprakelijk, de accountant voor 10% en een commissaris voor 20%. Wat krijgt het slachtoffer dan onder ieder regime van de commissaris? Onder pure hoofdelijke aansprakelijkheid ('Track A') is dat 100%, onder aansprakelijkheid ieder voor zijn aandeel (B) 20%, bij verdeling van het insolventierisico met betrekking tot een aansprakelijke persoon over alle andere betrokkenen inclusief de eiser (C) 55%, bij een systeem met een grens waar boven de bijdrage moet liggen om hoofdelijk aansprakelijk te kunnen worden (van bijvoorbeeld 30%) (D) 20% en bij een systeem waarin wordt onderscheiden naar soort schade (letselschade wel hoofdelijkheid; zuivere economische schade geen hoofdelijkheid) (E) ook 20%. Dit geeft veel ruimte voor tussenoplossingen. Dan wordt het even rekenen, maar dat kunnen die accountants mooi voor ons doen.

Maurits Barendrecht